

原 著

医師の裁量権と患者の自己決定権

(1) 両者は「医療過誤」にどう関わっているのか？

Doctor's Discretion versus Patient's Self-determination:
(Part I) Why do they matter with "Medical Malpractices?"

村岡 潔

Kiyoshi MURAOKA

抄 録

本稿は、医師の裁量と患者の自己決定の間の対立的ならびに調和的關係について論ずる予定の一連の論考の第一部である。日常診療で「医師の裁量権」と「患者の自己決定権」が、医師—患者関係で果たす法的・倫理道德的機能について検討した。次に、事例に触れつつ、「医師の裁量権」と「患者の自己決定権」の両者が「医療過誤」と構造的にどう関わっているのかについて考察した。

20世紀後半からの臨床倫理の戦略は、医師—患者関係のモデルの中では、牧師モデルや工学モデルから契約モデルへと導き、両者の調和を図り、患者の自己決定権（インフォームド・コンセント）を保障することである。また、医事法でも、医師の「裁量権」と患者の「自己決定権」の双方が相互に調整される場合を、自律の原則が理想的に機能する形態としている。さらに、医師—患者関係の不調和の調停には、これまでのような医事裁判ではなく ADR システムが調和的解決手段と位置づけられる。

キーワード ■ 医師の裁量権, 患者の自己決定権, 患者—医療者関係の PEC モデル, 医療過誤, ADR (裁判外紛争解決手続き)

I. はじめに

筆者は、今後の一連の論考で、医師の裁量と患者の自己決定の間の対立的ならびに調和的關係について論ずる予定である。本稿では、その初めとして、日常診療における「医師の裁量権」と「患者の自己決定権」が、医師—患者関係（患者—医療者関係）〔注1〕において果たしう

る法的ないしは倫理・道徳的機能についてまず理論的に検討する。次に、「医療過誤」に関連する事例に触れつつ、「医師の裁量権」と「患者の自己決定権」の両者が「医療過誤」という事象と構造的にどう関わっているのか若干の考察を加えたい。

一般に「医療過誤」とは医療専門職の仕事における不注意な、間違っている、あるいは、違法な行動〔注2〕を指す。しかし、それは、事後的に望ましくない転帰（結果）に対して、往々にして患者側からの「異議申し立て」によって構成される診療行為の再評価なのである。仮にやり方がまずくても、患者の自己治癒力もあいまって望ましい転帰になった時には、それは問題として浮上せず医療過誤とみなされることはまずない。また、転帰が好ましくないとして、（医療者はともかく）患者側がそれと認識しない場合、あるいは、医療者と患者の双方が、転帰が好ましくなかったとしてもそれを無理からぬものと解釈しているときには「医療過誤」とはみなされにくい（第三者が異議申し立てをしない限り）。このことから、「医療過誤」という事象は、医師—患者（側）の共通認識と深く関わっていることがわかる。

さて一般に、医療行為を行う際に医師に治療法の採用をはじめとする、一定の裁量の余地があることには異論はあるまい。たとえば、どのような降圧剤を選ぶか、手術でどのような術式を用いるか、等々は医師の裁量の範囲内と言えよう。しかし、具体的にどのような場合にどのような裁量が可能なのか、について（医事）法的には定説はない。

もちろん、この10年あまりの間、本邦においても医療倫理の一定程度の普及によって、かつてほど医師がパターンリスティック（家父長主義的・温情主義的）にふるまえるような医療環境ではなくなり、医師の裁量権の発動にも患者の意思に対して十分な配慮が要請される状況になっている。例えば、乳癌患者に対して乳房温存療法（他の選択肢）があることを説明せずに乳房切除術を行うなら、それは医師の裁量の範囲を逸脱したことになる。法的には、説明義務違反、専断的医療行為と位置づけられるし、倫理的には、患者の自己決定権を侵害したことになる。

いずれにしろ医師の裁量ないし「裁量権」については、医事法の分野では判例分析を除けば、医療倫理や医事法の学会レベルでこれまで総合的な検討はなされてこなかった。このことは、我が国における医師—患者関係の対等化等の医療倫理上の問題や「医療過誤」にともなう医事紛争の解決を困難にしている一因と推察される。

本稿では、まず、医師の裁量（裁量権）と患者の意思決定（自己決定権）について概念整理をし、次に、示唆的な臨床事例を挙げて、それにまつわる医師の裁量権と患者（および家族側）の自己決定権（意思決定）との相互関係について考察する。

Ⅱ. 医師の裁量権、患者の自己決定権の概念

内山雄一によれば¹⁾、医師の「裁量」ないしは「裁量権」という言葉は、医療過誤の争点

の中で、「医療水準」を基準にして事後的に医療行為の注意義務〔注3〕違反の有無を判定し、法的責任を問えるか問えないかを仕分けする法的な概念である。診断や治療法を含めた医療行為が医師の「裁量権の範囲」とみなすことは、医療水準に基づいて注意義務違反がなかったことを意味することになる。逆に、患者の「承諾・同意」を得た医療行為であったとしても、医療水準を基準にして注意義務違反が存在し、患者の生命・身体に重大な損害が生じれば医師の裁量権の逸脱として違法行為となるという。

したがって医師は、医療水準を基準にした「注意義務」の範囲内で「裁量権」を持っていることになる。その根拠は、医師は医師免許によって医療行為を行い、診療義務、保健指導の義務、管理上の義務などの注意義務などの様々な義務によって法的責任を問われる立場にあることから、医師が職責として裁量権を行使するのは当然の慣行であったという。このように内山は、医師は、倫理的に義務と責任を担う自律的な主体として治療法の選択の自由権を持ちつつ、診療する際に医療水準と「注意義務」の範囲内で治療方法を（その効果や副作用など、患者に対する利益と危険性を比較考量しながら）選択するという意味で、「裁量権」という言葉を医師の義務と責任が表裏一体となった「権利」概念として定義している。

たとえば、日本再生医療学会の声明²⁾は「国内の医療現場では、医師の裁量権を根拠〔盾〕〔注4〕に、ヒト幹指針〔ヒト幹細胞を用いる臨床研究に関する指針〕の遵守や薬事法に基づく治験等の申請といった安全性の確保等のために正規の手続きを経ず」に再生医療と称する行為が行われていると指摘している。このように、先端医療・実験的医療やその研究といえども、安全性の確保をないがしろにしたとみなされれば注意義務違反ということになる。

また、医療水準についての見解は以下のようになる³⁾。「医療水準」すなわち「医師の注意義務の程度」は、診療当時の臨床医学の水準から観て個々の医療機関に相応しいと考えられる医療の水準とされる。有効性と安全性が是認された治療法は、通常、先進的研究機関を有する大学病院や専門病院、地域の基幹となる総合病院、そのほかの総合病院、小規模病院、一般開業医の診療所といった順序で普及していく〔はずな〕ので、患者が入院した病院（大学病院か、専門病院か、総合病院か、救急医療施設か、診療所か）やその所在地域によって医療水準は異なっている。

このように医療水準は医師の個別性には一定の配慮がなされている。例えば、心臓発作の患者の治療に関しては心臓専門病院（心臓内科医）と、専門ではない病院（たとえば整形外科医）に要求される心臓発作に対する医療水準は異なっている。しかし、同じ心臓内科医が治療してもたとえば患者側の反応の違いによってもたらされる結果の不確実性については、法はほとんど考慮していない〔注5〕。

また、自己決定権（自律）については、G.E. ペンスは、医療倫理の四原理のうちの第一の原理として＜自律＞を挙げ「他人からの強制なしに自分の人生や身体についての決定を下す権利」としている⁴⁾。民主主義社会で実行可能であり、また他人に害を与えたりしないなら、

人は、誰にも干渉されずに、自分の身体や人生関わる医療上の基本的決定を行うことができなければならない」としている。医療倫理では、特に、患者の自己決定権が尊重されなければならないとしている。この倫理原則の臨床的意味付けは、次の医師—患者関係（患者—医療者関係）の3つのモデルの中でも取り扱う。当然、医師（医療者）にも自己決定権は存在するが、临床上は、しばしば患者の自己決定権と対立する性格のものとなる。医療者側のそれは、通常、医師の裁量権に内包されているとみなすことができる。

Ⅲ. 患者—医療者関係（医師—患者関係）の PEC モデル

この節では、医療倫理の分野で、医師—患者間のコミュニケーションをいかに行うべきかの戦略について実践的なアプローチを提供する北米由来の PEC モデルを取り上げる。〔注6〕それは、(P) 牧師モデル Priestly model; (E) 工学モデル Engineering m. および (C) 契約モデル contractual m. の3者で、その戦略とは、個々の「患者—医療者関係」の行動や形態のパターンを判別し、それが牧師モデルや工学モデルならば、契約モデルへの向上を図るというものである⁵⁾。以下、簡単に各モデルの概要を紹介し、医師の裁量権と患者の自己決定権の度合いを評価しておこう。なおこの節ではモデルの関係上「医師」よりも「医療者」を多用する。医師が主役である牧師モデルと対照的に、契約モデルでは「チーム医療」の観点からも「医療者」と患者の医療への相互参加が重要視されているからである。

(P) 牧師モデル；

医師は保護者（親等）として、患者は被保護者（子供等）のようにふるまうもの。旧来からよくある医師—患者関係で、Paternalism（温情主義、家父長主義）などと言われている。そのために、患者の自律性を損なう点が問題視されている。

医師に治療方針の決定権が委ねられていて、医師の裁量権の優先性が認められる。そのため、医師からの情報提供は、開示義務はないか乏しいものとなる。一方、素人としての患者は、専ら医師に医療行為について全面的に「おまかせ」することになる。

医療情報は、患者のために配慮するとして、「事実と異なる説明も患者のためには許される（がん告知をさげ、違う病名を告げる等、嘘も方便）」と考えられている。

親としての医師は、患者には「人情味のある」側面も持っている。この特質は、開業医によくみられるが、勤務医に多い、次の工学モデルには少ない特徴である。

北米の患者—医療者関係のモデルの根底には、近代人としての患者は、自分の将来を自己決定できる立場になければならないとする前提がある。ところが牧師モデルでは、それが一方的に医師によって決定される点に問題があるとされる。医療倫理の視点では、病気が治るならどのような患者—医療者関係のモデルでもよいとはならない。医療行為（治療法）は一般に複数あるはずなので、その選択肢の中から医師の判断で最良と思った治療法が、当の患

者にとって必ず最適であるという保証はないからである。別の選択肢のほうが、患者のニーズに合っている場合もある。例えば、終末期のがん患者は、事情を知れば病院でがん治療を続け殺風景な病室で最期を迎えるのではなく、別の有意義な選択が可能となろう。また、近年では、インフォームド・コンセントよりはゆるいが子供なりに理解して同意する「アセント」として小児にも一定程度分かる範囲で医療者が説明し、泣き叫ぶ小児を抑え込むのではなく、納得して処置や手術をうけてもらう試みもみられている。

かつて、検査や手術の前に、患者から「その結果何が起ころうとも異義を申し立てません」といった承諾書をとる場合が多かった。しかし、検査や手術の転帰が良くなかった場合には、患者や家族に対して、医師（医療者）には説明義務があるし、患者側には、その理由や今後の対策や経過・予後などについての医療情報を知る権利がある。牧師モデルでは、その条件が満たされにくいのである。

なお救急医療の緊急時や意識障害患者のように本人が必要な意思表示ができない場合には、緊急避難的に牧師モデルが採用される。しかし、家族や後に本人に意思疎通が可能になったなら、経過の説明や情報開示を行なうことで牧師モデルを越えることができよう。

(E) 工学モデル；

このモデルでは、医師（医療者）は、科学者であり技術者であり修理工である。一方患者は（故障した）自己心身の修理を依頼する人である。特に昨今、日本では、大学附属病院や市中病院に見られるパターンである。

医療情報は、身体部品としての臓器の検査データ中心である。それは、生物医学 (Biomedicine) とも呼ばれる現代医学が、唯物論（人間機械論）的で数学的統計学的であり、特定病因論や確率論的病因論に依拠していることの影響を大きく受けているためだ。

情報開示の仕方は、医療者本位の情報開示で、科学的データに対応した診断・治療が最優先される。人間は平均人（正常値からなる理想的人体）から遠ざかるほど疾病度が高まるので、その治療手法は人間工学的で、患者を薬や手術で、正常範囲内、さらには平均に近づけることが最善の策とみなされている。

「科学者」としてクールで覚めていて、牧師モデルとは対照的に患者や家族が抱える社会的経済的・心理的問題には関心が薄い。後者は医療情報には採用されない（無論、看護スタッフにとっては重要な看護情報になりうるが）。

このモデルは、牧師モデルと違って、医師が病気に関する情報を患者側に伝える点は評価されている。また情報開示の際には、医師は（医療訴訟などに対する保身も考えて〔防衛医学〕）患者や家族が理解できない専門用語を織り交ぜつつ、すべての可能性・危険性をあげておく場合もある。

このモデルは、科学的医学・機械化医療の中では主流となる。日本でも医療者も患者も、聴診や触診などの診察から病像を構築する身体所見よりも、CTやMRIなどの画像診断や

生化学検査などの数値化された生化学データのほうに「医療」のリアリティを感じるようになりつつある（工学モデルの典型例は、92歳の「高脂血症〔今なら脂質異常症〕」の外来患者に2年間も好物のてんぷらを禁じたり、データが良くなっているから必要ないと3週間も受け持ちの入院患者に会わなかった内科研修医がいたりするなど）。

工学モデルでは、確かに医師から情報提供があり、患者は、形式上は、自己責任で決定する「自己決定」の形式を踏んでいる。だが、その選択肢の範囲は、治療の専門家としての医師の希望に沿って指導され、誘導されたものとなっている可能性も少なくない。この場合、医療者の裁量権は、牧師モデルほどではないとしても患者の自己決定権よりやや優位に置かれていると言えよう。

(C) 契約モデル；

このモデルでは医療者は援助者として振る舞い、患者は自律的に判断できる者として規定される、相互の信頼の上に契約的な患者－医療者関係を成立させることが求められている。そして、医療に関する患者の自己決定権（選択権）が保障されていて、双方がインフォームド・コンセントに代表されるような患者の自己決定権を中心に、医療における「義務と利益」および「意思決定の責任」を共有する形態をとっている。このことは、患者の自己決定権と医療者の裁量権が理論的にうまく調和できた場合を想定している。

契約モデルは、牧師モデルと工学モデルの両方の長所を生かし短所を除いた理想的な医療者－患者関係のモデルとして位置づけられている。患者本位の情報開示が保障されるために、両者が時間をかけて交渉し接点を求めつつ、患者にとって何が必要な情報で何が最良の選択なのかを探り合っていく相互参加の医療を目標にしている。契約モデルの実現可能性を高めるために、次のようなアプリケーションが用意されている。

(a) インフォームド・コンセント〔注7〕：

患者が、その病気の診断や治療に関して、医療者の説明、さらには可能な限り、病院図書館での書物・ビデオ等の閲覧、あるいはインターネット検索などによって意思決定に必要十分な医療情報を得て状況を熟知した上で、医師の提案する医療（診断・検査・治療）に同意したりそれを拒んだりすることが保証されるシステムをいう。これはまた、医事法における医療行為の「違法性阻却」の条件であり根拠となるものである。

(b) セカンド・オピニオン（第2の意見）〔注8〕：

原則的に担当の医療者とは利害関係のない立場にある別の医療者に同じ病気の問題について相談し、より多様な選択肢や医療情報を得ること。輸血拒否や治療拒否によって生じる医学的影響についても知ることも含む。

(c) 翻意権〔注9〕：

愚行権〔注10〕の一つで、患者は、いつ如何なる理由でも、医療者と交わした先の決定をくつがえし別の選択（意思決定）をすることができることをいう。こういう事態の発生は

決して望ましいわけではないが、患者—医療者関係が上手くいっていない場合（特に工学モデルで）、契約モデルに向かうための示威手段である。

以上、患者—医療者関係の3つのモデルを比較対照してきた。先述したように20世紀後半以降の医療倫理の戦略は、牧師モデルや工学モデルから契約モデルへと導き、臨床の医療環境で患者の自律（自己決定）を実現することが一般目標となっている。しかし、医師の裁量権に対して患者の自己決定権の優位化を図ろうとするこの戦略には、実地臨床上は、次節でのべるように、様々な紆余曲折やせめぎあいが見られることになる。

Ⅳ. 医師の裁量（権）と患者の自己決定（権）との関係

この節では、先述の医師—患者関係のPECモデルを基調に、医事法学の見地からの見方を整理しておきたい。すなわち「医師の裁量権」と「患者の自己決定権」はどのような関係に立つのか。両者は果たして衝突するだけのものなのか。「医師の裁量権」は「患者の自己決定権」を侵害しない範囲で認められるものなのか、あるいは「医師の裁量権」は「患者の自己決定権」を制限してでも認められるものなのか。すなわち、両者は医師—患者関係の中で相互に規定されるべきものなのか。内山雄一は、医師の「裁量権」と患者の「自己決定権」のこれらの関係について次の4つの「形態」を挙げている¹⁾。

第1は、医療の非専門家である患者が、「医師の専門的、医学的判断に基づく診断、検査、治療法の説明を聞いて「承諾・同意」するのだが、患者の承諾だとしても実質的には「医師の裁量に委ねられている」場合である。この場合には、「医師の裁量権」と「自己決定権」の相互承認により、形式上は「医師は裁量権を行使し、患者も自己決定権を行使したことになる」という。

この第1の形態は、患者—医療者関係のモデルでは、1990年代以降今日に至る現実的な関係性であり、契約モデルではなく工学モデルに近いものである。

第2は、医師の「裁量権」と患者の「自己決定権」の関係が、両者の権利の相互調整・制限・制約に当たる場合である。これは「インフォームド・コンセントの原則が理想的に機能している形態」だとしている。ただし、医師は患者の「全人的医療」を心がけ、一方、患者もしっかりした人生観を持っている場合に成立するとしている。こうしたパートナーシップとしての「協同意思決定」の過程は、法的には権利両者の相互承認・相互行使に当たるとする。これは、患者—医療者関係のモデルでは契約モデルに相当すると言えよう。

第3は、インフォームド・コンセントの原則の例外として裁量権が、患者の自己決定権に対して優位となる場合である。代表的なのが、患者の治療に緊急を要する救急医療・救急外来（ER）の応急処置の場合などで、患者本人の意思決定は確認できない、または、患者に意思確認をしている余裕がないので、必然的に医師の裁量権が優先されることになる。

患者—医療者関係のモデルでは、まずは牧師モデルに相当する。ただし、事後的にでも可及的速やかに病態と経過を患者本人に説明し了承を得られれば契約モデルに近いものとなる。また、感染症法による強制的入院や精神保健福祉法での応急入院もこの形態に入るし、また、災害時の多量の傷病者に対して行うトリアージによる患者の治療の優先順序づけや要不要の選別も同様に医師の裁量権が優位と認められる第3の形態に含まれよう。

第4は、「衝突とジレンマ」の形態、すなわち、両者の権利が対立し衝突する場合である。インフォームド・コンセントの原則は、治療に同意する権利だけでなく、治療を拒否する権利も含まれている（それ故にインフォームド・チョイスともいう）。

患者の治療拒否が、すべてインフォームド・チョイス［この場合は熟知した上での拒否］か愚行権の行使かどうかは別にしても、この場合は、医師の提案を受け入れない現象として医師はその意味を探らねばなるまい。患者—医療者関係からみると、双方の関係がうまくいかなかったということからは、牧師モデルか工学モデルのカテゴリーに含まれることになる。医療倫理では、この場合、患者側は、最初の医師とは利害関係のない他の医師の意見（セカンド・オピニオン）を求めることになるだろう。

この第4の形態の事例としては、教科書的にもよく「輸血拒否」が例示されるが、以前、医師は選択肢の一つに過ぎない「輸血」を拒否することに対して「全治療拒否」とみなす傾向があった。しかし、今日では、患者は「輸血なしでの治療」を希望しているので、患者—医療者関係が契約モデルであれば、無輸血手術を行うのが望ましいことになる。

このように内山の「医師の裁量権と患者の自己決定権の形態」に関する4分類は、患者—医療者関係の3つのモデルと相似しており、医師の裁量権と患者の自己決定権の問題は、医師—患者の関係論あるいは対立論に表象（象徴）されると言えよう。これは、医事法と医療倫理の接点なのである。次に、その対立論の一端としての医療過誤の事例を見よう。

V. 医師の注意義務違反と医療過誤における因果性

医師の裁量によって行われた医療行為も不幸な転帰をとった場合、法的に医師の注意義務違反とされたり、医事訴訟に至ったりするが、そこには、診療行為が医療水準にかなったものであるかどうかが要点となる。一方、それが医療水準［あるいは医療的慣習］から問題ないと思われた（倫理的には問題だが）事例では問題とされる可能性は低い。次の2つの事例は、「医療過誤」をめぐる医師の裁量権の制限に関する仕組みに言及するものだ。

（Case1）「心筋梗塞を見過ごし注意義務違反に問われた医師」⁶⁾〔注11〕

「患者Aは、ある朝突然の背部痛で目を覚まし、約1時間後、上背部痛と心窩部痛を主訴としてY病院の夜間救急外来を受診した。診療したC医師は、急性膵炎と狭心症を疑い、

Aに急性膵炎に対する点滴を行ったところ、いびきをかくなどして意識昏睡となった。そこで、Cは心肺蘇生術を試みたが、その約2時間後にAは死亡した。

事後的考察では、Aは自宅で狭心症発作を起こし、Y病院では心筋梗塞に移行していたのだが、Cは触診と聴診のみ行い、胸部疾患の既往歴、血圧・脈拍・体温の測定や心電図検査を怠り、狭心症を疑いながらニトログリセリンの舌下投与をしていなかった。

裁判では、CがAに対して適切な初期治療を行っていたら、Aを救命できたであろう高度の蓋然性までは認められないが、救命の可能性はあったと判断され、最高裁で上告棄却とされた。つまり、判旨は、Cの初期対応とAの死亡との間には因果関係は証明されないが、医療水準にかなった治療がなされていれば相当程度の生存の可能性があるとされ、Aに対するCの不法行為に対し、Cは損害を賠償する責任を負うとされた。」

高裁判事の前田順司は、次のように指摘する⁶⁾。すなわち、不法行為の成立要件として1)故意または過失、2)権利侵害、3)因果関係、4)損害の発生要件すべてを不法行為の主張者〔原告側〕が主張立証する責任があり、この場合の因果関係は、自然科学のような厳格な証明ではなく、経験則の利用や証拠の総合性といった高度の蓋然性の証明で足りるとされる。しかし、医事裁判においては、専門知識の格差や、医師側から死亡経過などの予後・転帰にも複数の可能性が延べられるなど、患者側からの立証の困難さの問題を抱えていた。

これに対し、医師が医療水準にかなった医療を行っていない場合、1)医師が医療水準に則った治療を行うことの期待を損ねたことの損益；2)適切な治療を受ければ生存していたことの遺失利益、3)適切な治療を受けられなかったことの損失、4)生活の質の選択の自由の侵害に対する損害賠償、5)救命率に応じた救命・治癒可能性の侵害としての損害賠償を構成するという学説がある。他方、そうした主観的利益は法的保護に値する利益ではないとする学説もあるという⁶⁾。

この事例では、医療水準の評価が、医師の裁量権の正否に深く関わっている。

(Case2)「I氏の3度目の手術」⁷⁾〔注11〕

「I氏はすでに胃がんの手術を2回受け、テレビ界に職場復帰していたが、腹部に硬結が触れるようになったため某大学附属病院の著名なH教授に紹介された。

H教授は、「じゃあ、ここに横になって。」といいながら、ベッドに横になった患者Iさんの腹部を診察しながら、血相を変えて「おいっ。これ、前の病院ではなんて言っているんだ。」と叫んだ。担当医はこれまでの経緯を、医学用語を交えて説明した。すると、H教授は「そんなどころじゃないぞ。すぐに検査だ!」と指示した。

I氏は直ちに検査に回され、結果は2時間半後に判明した。I氏が検査室から戻ってこないうちに、H教授はI氏の妻らに来て結果を説明した。「やっぱり私が予想したように、完全にがんが腹腔内に転移している。とくに腸の部分に、かなりそれが見られる。このままでは1~2週間のうちに腸閉塞を起こして緊急事態になってしまう。せっぱつまった状態にあ

る。どうしますか？本人には隠しておきますか？」

妻は「ここで甘い事を言っても意味ありません。全部正直に伝えてください。」と答えた。そこで、H教授は、検査から戻ったI氏に「このままでは、年単位ではなく月単位です。」とはっきり告げた。I氏は、ぐっとつまり、十数秒間をおいて「先生、どうしたらよいでしょうか？」と尋ねた。H教授は「残された道は手術しかないね」と淡々と答えた。I氏は、祈るような気持ちで「先生に任せれば助けてもらえますか？」と問うた。H教授は「任せておけ、100% 治る、という状態ではないが、今の段階では手術しかないというのが私の診断です。要はIさんの気力です。がんと闘う決心があり、私たちに任せていただけるならば、全力をあげて、がん細胞をゼロに近い状態にする。それは約束する。」と断言した。こうしてI氏は3度目の手術を受けることになった。その結果、I氏は、腹壁の転位病巣を含め22カ所と全3kgの臓器の切除が行われ、約1か月後には腸閉塞を起こし、その後の抗がん剤治療に苦しみながら、約3か月後に死亡した。」

この場合の医師—患者関係は一見工学モデルに見えるが牧師モデルである〔注13〕。この事例では、H医師の裁量権が全面に出て、I氏を3度目の手術に持ち込んだ。家族側もその意思決定に賛成していた。この手術の執行には、医師仲間でも疑問の声もある（7）が、外科医の「医療水準」というより「がんの末期の治療はこういうものだ」という慣習があるために、医師側が疑問を抱かないのは当然のことだし、患者側もよくしてもらったとか、末期がんだから止むを得なかったと思った可能性もある。

このように、I氏にはこのまま放置すれば「腸閉塞」になるから、その予防のためにも手術をすると謳っておきながら、逆に腸閉塞を引き起こすという結果であっても、大学病院という医療水準が、訴訟の可能性を押しとどめたケースということが言えよう。

ここでも医療水準という因子が医師の裁量権の正否を左右することが示された。

VI. おわりに～医療過誤とADR (Alternative Dispute Resolution)

本稿では、医師の裁量権と患者の自己決定権の調和を図るには、医師—患者関係の3つのモデルのうち契約モデル（内田の第2の形態）を志向する戦略が最良としたが、不調和の最悪の場合の対処には、これまでは医療過誤のシステム（医事裁判）が利用されてきた。

医療過誤のシステムは、医療事故（medical error）の被害を受けた患者にその被害について訴訟を可能にする法的システムであり、第1の目的は、被害者やその家族に医療ミスによって受けた損失を償うことであり、第2は、医師が患者に被害を与えるような医療ミスを繰り返すのを防ぐことであり、第3は、応報的正義、つまり〔公的に〕加害者を罰し被害者の恨みをはらすことで、被害者が加害者に私刑で報復するリスクを減少させることである⁸⁾。

米国の例だが、医療過誤のシステムの評価では、医療過誤を受けた患者のほとんどが損害賠

償請求をしていない。その理由の一つは患者自身が医療過誤の被害者であることを認識していない。一方、認識していても、医師との相互関係が良好な場合や医師からミスの謝罪を受けた場合、提訴しないことが多い。ここでも患者—医療者関係における医療情報の格差や関係の質が影響を与えている点は興味深い。また、医療過誤システムが医療過誤の再発防止や被害者の報復の機能を果たしているかに関する一定のデータはないという。医療事故発生を抑止力はなく、医師を保身的な「防衛医療」に導くという主張もある⁸⁾。

後者の「防衛医療」に関しては、福島県立大野病院の産婦人科における医療事故（「福島県立大野病院事件」とも言われる）〔注14〕に関しても、東海産科婦人科学会の声明⁹⁾などに見られるように、医療事故が刑事事件として立件されたことに対して「…このような不幸な事例に対して最善を尽くした医師が逮捕されるという形で対応する社会では、今後、個々の医療者が…良質な医療を提供できない状況が懸念される」と指摘している。

筆者も、医療過誤システムは、少なくとも、その第2の目的である医療事故の再発防止としては有効なシステムではないと思う。それは、有罪か無罪かを争う医事裁判では医療事故の発生したメカニズムの十分な解明には至らないといえるからだ。また、医療事故の発生の原因を被告としての医師個人だけに問えば済むというわけではなく、その医療現場のシステムのほうに改善すべき要因があると言えるからだ。輸血ミスのような個人の不注意による一見単純ミスに見えるようなものでも、システムの問題ととらえ、間違えなくて済むような複数確認体制や多忙でない労働環境の整備が不可欠である。それに対して当事者のみを注意義務違反で取り締まったところで医療事故の再発防止にはなるまい。また、医療者は、患者に対して善かれと思って医療行為をしている。一般の犯罪のように自己の利害のために患者（他人）に危害を加えるわけではない。したがって、医療事故に対して刑事裁判で対応することは患者—医療者間の問題処理としては全くそぐわないものである。

それに対して、近年、ADR（Alternative Dispute Resolution: 裁判外紛争解決手続き）が医療の現場でも注目されつつある。NPO 法人患者の権利オンブズマン¹⁰⁾によると、紛争を解決する手段としての裁判は基本的に一方が勝ち他方が負けるものなので、紛争当事者全員にとって良い解決が図られるわけではないこと、勝っても、裁判には時間も費用も労力もかかることなどのデメリットがあった。

一方、裁判外紛争解決手続の利用促進に関する法律（通称 ADR 法）が2004年に制定（2007年施行）されたことから、ADR が紛争解決手段として注目を集めるようになってきたという。医療に関する苦情については、1) 患者・家族の相談にのり、苦情解決を支援する組織（例：各都道府県に設置されている医療安全支援センターが代表的なもの）〔注15〕；2) 医療・福祉施設自身が患者の苦情などに対応する部署などを設けて、現場での解決を図るシステム；3) 医療・福祉施設の対応に納得できない患者の苦情を受け付け、公正な第三者として調査点検し、勧告などを行う組織などがあげられる。2) に関しては、2008年の医療法改正ですべての医療

機関で患者相談窓口の設置に努めなければならないとされており、医療事故においても東京女子医科大学で院内 ADR によって病院と家族が和解に至ったケースもある¹⁰⁾。

以上、医師の裁量（権）と患者の自己決定（権）の関係性や、それをめぐる医療過誤のシステムについて考察してきた。医療過誤に基づく医師の裁量権と患者の自己決定権との対立問題の解決手段として新たに登場してきた ADR のシステムは、事後的な契約モデルともいえよう。

〔注〕

- 〔1〕 従来、医療社会学の分野などでは「医師—患者関係」と呼ばれてきたものが、近年、医療倫理の分野では、医師以外の医療（従事）者を加味して「患者—医療者関係」と呼ばれることが多い。
- 〔2〕 オックスフォード現代英英辞典では、'malpractice' は 'careless, wrong or illegal behaviour while in a professional job' とある。『デジタル大辞泉』では「医師が医療を行うに当たって当然必要とされる注意を怠ったため、患者に損害を与えること。民法=>刑法=>行政上の責任を問われる。医療事故。」とある。
- 〔3〕 「注意義務」とは、ある行為を行う際に、一定の注意を払う義務をいう。
- 〔4〕 [] 内は筆者の註。以下同様。
- 〔5〕 医療の不確実性の問題については、稿を改めて論じたい。
- 〔6〕 医療倫理学者の R・ヴィーチは 1972 年に医師—患者関係を 4 つのモデルで類型化した [Veatch, R.M.: Models for ethical medicine in a revolutionary age. Hastings Center Report 2 (June 1972) : pp.5-7, 1972]。プロディはそのうちの 3 つを採用して医師—患者関係論を展開している [H・プロディ（館野之男・榎本勝之訳）『医の倫理』（第二版）東京大学出版会、35-53 頁、1985 年]。
ここで紹介している PEC モデルは、プロディを受けて筆者が日本の現状に合う形で展開したもの [村岡潔「医師—患者関係において工学モデルはなぜ問題となるのか?」、佛教大学社会学部論集、第 44 号、101-113 頁、2007 年] を、さらに改良したものである。
- 〔7〕 < informed > は「情報を与えられた」という受け身の過去分詞の意味ではなく「熟知している、よくわかっている」という形容詞であり、「インフォームド・コンセント」は「熟知同意」（中川米造訳）と訳すとわかりやすい。日本の工学モデルでは、「医師が説明し患者が同意する」ことを「インフォームド・コンセント」と呼ぶ傾向が強いが、これでは、かつての「ムンテラ」そのままである。契約モデルにおけるインフォームド・コンセントは徹頭徹尾、患者の側が行なう行為を指している。医療者が行うのは情報開示・情報提供 (disclosure) という。また、医療行為が人（患者）に対して手術などの侵襲を与えても傷害罪に問われないのは、その人の福祉のためという前提があるからこそ違法性が阻却されるので、そのためには患者の同意が不可欠ということになる。
- 〔8〕 日本でもこの言葉は人口に膾炙するようになってきたが、医療者が同じ病院や関連病院の医療者をセカンド・オピニオンの対象として紹介する場合も少なくない。それでは利害関係ありということで患者の自律性に影響を与えかねない。
- 〔9〕 自己決定のカテゴリーにある行為だが、シャイな日本人のための筆者の造語。
- 〔10〕 契約モデルで提供されるべき情報は、①医療者の専門的な業務遂行に十分な情報（例えば、手術や服薬の目的）と②患者の理性的な選択に必要な情報（例えば、手術の侵襲や危険性、あるいは薬の副作用）だけでは不十分で、③（「愚行権」とも言われる）患者の非理性的な選択に必要な情報（例えば、治療を拒否した場合、結果はどうなるのか）も提示することが必要である。①と②だけでは、工学モデルに留まってしまう。

- [11] 筆者のつけたタイトル. 事例は村岡の要約.
- [12] 筆者のつけたタイトル. 事例は村岡の要約.
- [13] I氏は形式上は自己決定の形をとったというよりか, 神の手を持つというH教授に説得されて手術にYesと言っただけで, こうした起こりうる結果については全く説明されていなかったと思われる. また, H医師にとっても, この結果は想定外だったはずはなく, 想定内と考えていたはずである (おそらく, I氏が正月に自宅に外泊できればよいくらいに思っていたと考える). したがって, I氏は前医のところで得た情報以外の情報を開示されていなかったのも, なんら新たな情報開示はなかったと言えよう.
- [14] 福島県立大野病院事件: 2004年12月, 被告人である産婦人科医師は帝王切開手術中に癒着胎盤 (かつ前置胎盤) の所見を認めたが, その癒着胎盤の剥離を行ったために患者 (妊婦) が大量出血し, 失血死した. 新生児は正常に分娩された. 2006年2月, 医師は業務上過失致死罪等の容疑で逮捕され, 翌月, 起訴された. 2008年8月, 福島地方裁判所は, 本件手術は適切なものであり, 医師の裁量の範囲内である (という認識) などとして, 医師に無罪判決 (確定) を言い渡した.
- [15] 第三者組織としては, 関西を中心としたNPO法人「ささえあい医療人権センター COML」 (<http://www.coml.gr.jp/>) もある.

文献: 同一文献の頁数は出現順に記してある. [] は副題.

- 1) 内山雄一, 「医師の裁量」と「患者の自己決定」, 杉田勇・平山正美編『インフォームド・コンセントー共感から合意へ』北樹出版: 40-58, 1994.
- 2) 日本再生医療学会, 2011年, <http://www.jsrm.jp/general/110201.html> (アクセス日: 2012年9月13日)
- 3) イデア綜合法律事務所, 「医療水準」, 2008年 <http://www.iryuu-kago.jp/htmls/attention3.html> (アクセス日: 2012年7月15日)
- 4) G.E. ペンス, 『医療倫理 1』みすず書房, 31-35, 2000.
- 5) 村岡 潔, 「現代医療の倫理」, 小野寺伸夫著者代表『看護学入門 5巻』メヂカルフレンド社: 38-64, 2009.
- 6) 前田順司, 「医師の注意義務違反と因果関係」, 宇津木伸, 他編: 雑誌別冊ジュリスト 183号『医事法判例百選』有斐閣: 164-166, 2006.
- 7) 近藤誠, 『がんは切ればなおるのか』新潮社, 181-192, 48-66, 1998.
- 8) T.A.Brennan, M.Mehlman, MALPRACTICE, MEDICAL, Encyclopedia of BIOETHICS (3rd edition; edited by S.G.Post), Thomson Gale: pp.1459-1463, 2004
(「医療過誤」(久藤克子訳)『生命倫理百科事典』丸善, 176-179, 2009.)
- 9) 東海産科婦人科学会, 2006年 http://www.jsog.or.jp/about_us/region/tokai/index.html (アクセス日: 2012年8月15日)
- 10) NPO法人患者の権利オンブズマン, 「ADRについて」, <http://kanjakenri.com/adr.htm> (アクセス日: 2012年7月10日)

[付記] 本稿は, 2012年度の佛教大学特別研究費による研究成果の一部である.

(むらおか きよし 社会福祉学科)

2012年10月1日受理

